

GRUPOS SOCIETÁRIOS

INTRODUÇÃO

A Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (“Lei das Sociedades por Ações”), contempla dois tipos de grupos societários, a saber: (i) os grupos de fato; e (ii) os grupos de direito.

Os grupos de fato são tratados no capítulo XX, e efetivam-se mediante a simples participação acionária da sociedade controladora em sociedade controlada.

O mesmo diploma legal aborda a formação de grupos societários de direito, que diferem dos grupos de fato pela existência de vínculo contratual.

Os grupos de direito são concebidos a partir da união de patrimônios e personalidades jurídicas distintos, mediante a adoção de convenção ou de contrato. Apesar da manutenção das personalidades jurídicas próprias, os integrantes dos grupos de direito passam a atuar sob uma direção econômica única.

A lei brasileira não fez distinção entre as diferentes modalidades de grupos societários de direito, mas a doutrina tratou de diferenciá-los, estabelecendo duas espécies distintas, a saber:

(i) grupos de subordinação, os quais pressupõem a existência de sociedade controladora, que detém a unidade de direção e controle das sociedades controladas. Tais grupos, na Lei da Sociedade por Ações, são concebidos como os grupos de sociedades propriamente ditos, tratados no Capítulo XXI; e

(ii) grupos de coordenação, nos quais as empresas integrantes somente se obrigam nas condições e extensão previstos no respectivo contrato. Nestes casos não há unidade de controle, mas somente de direção. São os consórcios abordados no capítulo XXII da Lei em questão.

O presente tem por objeto as peculiaridades de cada uma das modalidades acima,

sobre as quais discorreremos após considerações preliminares relativas à noção de controle e tipos societários mais usualmente adotados no Brasil.

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Controle

O conceito legal de controle é extraído do artigo 116 da Lei das Sociedades por Ações, que define o acionista controlador como a pessoa física ou jurídica titular de direitos de sócio que lhe asseguram, de modo permanente, a maioria de votos nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores (alínea “a”), valendo-se dessa prerrogativa para dirigir e orientar as atividades sociais e o funcionamento da companhia (alínea “b”).

Na prática, o controle pode ser exercido diretamente pelos acionistas, que agem não apenas como titulares de direito de sócio mas também diretamente na administração da companhia ou, alternativamente, por acionistas que restringem sua atuação à condição de sócio detentor de participação societária que lhes assegura preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade. Nesta última hipótese não interessa tanto aos acionistas ocupar pessoalmente cargos na administração da companhia, mas sim o estabelecimento das políticas a serem adotadas pela mesma. Este tipo de controle é o mais moderno e condizente com a realidade dos grandes conglomerados e a estrutura das “holdings” de investimento.

O conceito legal de controle enseja certa controvérsia, na medida em que pode estar desvinculado da figura da maioria, entendida como “metade mais um”, das ações votantes de um dado capital social.

É de se notar que a Lei das Sociedades por Ações, em seu artigo 15, § 2º, permite a emissão de até 2/3 de capital social em ações preferenciais, as quais poderiam ser destituídas do direito de voto. O artigo 118 do mesmo diploma legal aborda os Acordos de Acionistas, que normalmente contêm acordos de voto vinculantes para aqueles que o celebram. Assim, é possível que acionistas que detenham um número de ações ordinárias até mesmo inferior a 50% (cinquenta por cento) das ações dessa espécie consigam, na prática, exercer o controle de fato da sociedade nas assembleias gerais de acionistas. Logo, acionistas titulares de ações representativas de cerca de 17% (dezessete por cento)

do capital social estariam agindo como controladores de fato da sociedade.

O acordo de acionistas podem também funcionar como instrumento de exercício do controle através do veto, pois ele pode estabelecer que determinadas matérias estejam sujeitas à aprovação unânime dos signatários do acordo.

Tipos de Sociedades

Tanto na hipótese dos grupos de coordenação, quanto na dos grupos de subordinação, podem participar tipos societários diversos. No Brasil, contudo, em 98% dos casos as sociedades são organizadas mediante a adoção dos tipos societários das (i) Sociedades por Ações e (ii) das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada. Muito embora não seja o escopo deste, faz-se aqui uma breve distinção entre ambos.

Dentre as facilidades de se constituir uma Limitada, vale salientar:

(i) é uma tipo societário bastante flexível, já que o Contrato Social pode ser redigido de modo a atender às aspirações dos sócios;

(ii) as relações entre os quotistas são de natureza eminentemente contratual. Esta característica torna possível adaptar o Contrato Social de forma a atender circunstâncias particulares do negócio a que se destina;

(iii) o Contrato Social pode ser livremente alterado, sem a necessidade de convocação de uma assembléia geral ou outras formalidades inerentes a uma Sociedade Anônima. Vale ressaltar, porém, que todos os quotistas deverão necessariamente assentir com a alteração quando houver a transferência ou a emissão de novas quotas;

(iv) uma vez integralizado o capital social por todos os quotistas, a responsabilidade do sócio é restrita ao montante do capital social;

(v) a Limitada não necessita ter um conselho de administração ou conselho fiscal;

(vi) dispensa da publicação na imprensa de balanços e outros atos sociais; e

(vii) a legislação brasileira exige que a Limitada tenha, no mínimo, dois sócios, pessoas físicas ou jurídicas, que não precisam ser brasileiros natos, nem residir no Brasil. A Limitada pode ser administrada por todos os quotistas ou por alguns deles. O contrato social deve estabelecer quais os sócios a quem incumbirão as funções de gerência e administração da sociedade, e, caso este seja uma pessoa jurídica ou estrangeiro residente no exterior, será obrigatória a nomeação de uma ou mais pessoas físicas residentes no Brasil que deverão, por delegação de poderes, exercer as atribuições de gerência e de administração; e

(viii) o custo de constituir e operar uma Limitada é ligeiramente menor que o de uma Sociedade Anônima. O processo de transformação de uma Limitada em Sociedade Anônima é simples e não gera efeito fiscal algum.

Já no tocante à Sociedade Anônima, sua maior vantagem repousa na sua aptidão para estruturar a obtenção de recursos e viabilizar diferentes modalidades de endividamento. As Sociedades Anônimas podem emitir ações nominais e escriturais, debêntures, partes beneficiárias e bônus de subscrição. Até 2/3 de seu capital pode estar representado por ações sem direito a voto, às quais são facultados vantagens e privilégios de natureza patrimonial.

Outra vantagem comparativa das Sociedades Anônimas é sua flexibilidade estrutural para a formação de *joint ventures*. As mesmas comportam, de forma mais natural, as estruturas de Conselho de Administração, Conselho Consultivo e da Diretoria, além do Conselho Fiscal.

Diferentemente das Limitadas, a responsabilidade do acionista estará limitada ao preço de emissão das ações que forem por individualmente adquiridas ou subscritas.

Nos termos da lei, o estatuto social deve prever as estruturas da administração social, através do (i) Conselho de Administração e/ou (ii) Diretoria. Se a empresa optar por não ter Conselho de Administração, a Diretoria desempenhará todas as funções administrativas e fixará a orientação geral dos negócios da companhia, cumprindo-as de acordo com o estatuto social. Os integrantes desses órgãos deverão, obrigatoriamente, ser residentes no Brasil.

A Diretoria será composta de pelo menos dois membros, eleitos e destituíveis a

qualquer tempo pela Assembléia Geral. Os Diretores estão diretamente subordinados à Assembléia Geral no caso de não existir Conselho de Administração. Os Diretores são os representantes da companhia perante terceiros.

O Estatuto Social deverá estabelecer o número de Diretores permitido (observado o mínimo exigido em lei), o modo de substituição destes, o prazo de gestão (não superior a três anos, permitida a reeleição) e as atribuições e poderes de cada Diretor.

Feitas estas distinções preliminares, passemos a discutir as modalidades de grupos societários de direito previstos na legislação brasileira.

GRUPOS DE SOCIEDADES

Nos termos do artigo 265 da Lei das Sociedades por Ações, o grupo de sociedades é formado a partir de vínculo de subordinação entre uma sociedade controladora e suas controladas, as quais reúnem esforços para o atendimento de uma finalidade comum a todas elas, ou para a participação em atividades ou empreendimentos comuns. Pressupõe, assim, a existência de uma sociedade controladora no comando do grupo.

A sociedade líder do grupo deve ser brasileira, por força do artigo 265, parágrafo 1º, e deve exercer o controle, direto ou indireto, mas de modo permanente, das sociedades participantes de tal grupo. Cabe aqui mencionar que a distinção constitucional entre empresas brasileiras de capital nacional e empresas brasileiras de capital estrangeiro não mais existe, desde a revogação do artigo 171 da Carta Magna.

Sob o aspecto formal, as sociedades participantes do grupo deverão expressar em sua denominação social a expressão “grupo” ou “grupo de sociedades” (Lei das Sociedades por Ações, artigo 267).

As sociedades participantes do grupo mantêm personalidade jurídica e patrimônio próprios (Lei das Sociedades por Ações, artigo 266) e, diferentemente dos grupos de fato, adotam uma convenção de grupo escrita (que pode ser aberta ou fechada, tendo em vista as regras ali constantes a propósito do ingresso de outras sociedades), levada a registro no Registro do Comércio, contendo as linhas gerais que levarão ao atendimento da finalidade a que o grupo se destina, bem como outros requisitos citados no artigo 269, “caput” e incisos, da Lei das Sociedades por Ações, que assim dispõe:

“O grupo de sociedades será constituído por convenção aprovada pelas sociedades que o componham, a qual deverá conter:

I - a designação do grupo;

II - a indicação da sociedade de comando e das filiadas;

III - as condições de participação das diversas sociedades;

IV - o prazo de duração, se houver, e as condições de extinção;

V - as condições para admissão de outras sociedades e para a retirada das que o componham;

VI - os órgãos e cargos da administração do grupo, suas atribuições e as relações entre a estrutura administrativa do grupo e as das sociedades que o componham;

VII - a declaração da nacionalidade do controle do grupo;

VIII - as condições para alteração da convenção.”

É a Assembléia Geral Extraordinária ou reunião de quotistas que devem aprovar a adoção da convenção, ensejando o recesso do minoritário descontente, que dar-se-á no prazo de 30 dias contados a partir da publicação da deliberação em questão. O valor a ser pago ao mesmo deverá obedecer a regra estatutária, se existente, mas não poderá ser proporcionalmente inferior ao valor do patrimônio líquido da sociedade, apurado no balanço patrimonial mais recente. Caso não exerça o recesso por ocasião da adoção da convenção, ocorre a preclusão desse direito, na medida em que o mesmo não poderá ser exercido quando de alterações subsequentes ao texto da convenção.

A lei estabelece normas específicas sobre a administração do grupo de sociedades, merecendo especial destaque as disposições sobre o Conselho Fiscal das filiadas, contidas no artigo 277 e parágrafos da Lei das Sociedades por Ações. Assim, conforme determina o "caput" deste artigo, acionistas não controladores detentores de, no mínimo 5% das ações ordinárias ou das ações preferenciais sem direito a voto, poderão requerer a instalação do Conselho Fiscal, caso seu funcionamento não seja permanente.

Os acionistas não controladores titulares de ações com direito a voto poderão eleger, em separado, um conselheiro e um suplente, sendo que as ações sem direito a voto ou com voto restrito poderão eleger outro conselheiro (Lei das Sociedades por

Ações, artigo 277, § 1º, "a"). A sociedade líder do grupo e filiais poderão eleger igual número de conselheiros e suplentes, mais um (alínea "b").

Vale ressaltar que o Conselho Fiscal de sociedade filiada pode solicitar informações que julgar necessárias para a observância da convenção de grupo não apenas aos órgãos da administração de outras sociedades filiais mas também àqueles da controladora do grupo.

Nos termos do artigo 276, os minoritários terão ação contra os administradores da própria filiada e contra a sociedade de comando quando de infrações à convenção. Tal prerrogativa, contudo, deixou de ser assegurada aos minoritários da sociedade controladora, os quais podem vir a ser prejudicados na hipótese de a controladora atuar como mera redistribuidora de recursos, manipulando investimentos entre as sociedades que integram o grupo.

Da convenção devem constar as regras que deverão nortear as relações entre a estrutura administrativa do grupo e a das sociedades componentes. Desde que não violem a lei, as orientações do grupo deverão ser prontamente acatadas pelos administradores das sociedades que o integram.

Salvo disposição expressa constante da convenção, a representação externa das sociedades participantes cabe aos administradores de cada qual, observadas as regras estatutárias de cada qual a respeito da matéria. Portanto, só excepcionalmente pode a administração do grupo vincular contratualmente as sociedades participantes.

Conforme dispõe o artigo 271 da Lei das Sociedades por Ações, o grupo será considerado constituído a partir da data do arquivamento, no Registro do Comércio da sede da sociedade líder, (i) da convenção de constituição do grupo; (ii) das atas de assembléia geral e/ou alteração contratual de sociedades participantes; e (iii) de declaração autenticada evidenciando a participação acionária da controladora e das demais participantes do grupo em cada filiada, ou acordo de acionistas que assegure o controle da sociedade filiada.

Vale salientar que o grupo não leva a uma incorporação das sociedades que dele participam, como acreditavam alguns doutrinadores, mas apresenta-se como a forma jurídica de que se revestem os modernos conglomerados de empresas.

O legislador concebeu o grupo voltado para a face interna. É “*sociedade de 2º grau*” que não adquire personalidade jurídica. Dessa forma, o grupo não tem patrimônio próprio, individualizado, agindo pela administração do patrimônio das sociedades que o integram e ditando a política a ser adotada pelas sociedades.

O grupo tem escopo peculiar e distinto do objeto de cada sociedade participante, transcendendo, portanto, a esfera específica de atuação de cada uma delas. Sua finalidade pode se resumir à combinação de recursos e esforços, à subordinação de interesses das sociedades ao do grupo e à participação nos custos, receitas e resultados do empreendimento.

Riscos Ensejados pelos Grupos de Sociedades

Dentre os riscos propiciados pela formação dos grupos de sociedades, podemos citar os seguintes:

(i) abuso contra acionistas minoritários, que pode ser verificado não apenas nas sociedades controladas mas também na controladora;

(ii) fraude contra credores, advinda da promiscuidade patrimonial e da possibilidade de transferência de ativos e de resultados entre as sociedades integrantes do grupo. O credor poderia até ser induzido em erro, na medida em que o patrimônio aparente pode não existir na realidade;

(iii) abuso contra empregados, caso haja transferência dos mesmos para outras empresas pertencentes ao grupo, sem que sejam observadas as condições empregatícias originalmente estabelecidas; e

(iv) fraude contra as autoridades fiscais, na hipótese de haver uma apropriação indevida de lucros e prejuízos entre as diversas sociedades pertencentes ao grupo.

Direitos dos Credores

O direito positivo brasileiro encontra-se divorciado da realidade econômica, já que frente à unificação econômica (a qual atravessa fronteiras nacionais), insiste na técnica

da personalidade jurídica isolada e distinta para cada sociedade, da qual não decorre a solidariedade frente a terceiros credores.

A legislação brasileira não prevê a responsabilidade solidária entre as empresas que integram o grupo. O mesmo pode ser afirmado relativamente à subsidiária integral, a qual representa a modalidade mais aguda de concentração societária. A responsabilidade é, pois, estritamente contratual, ou seja, relativa à infração à convenção, e não delitual, como nos grupos de fato. Somente será delitual quando houver desrespeito à lei.

Como medida paliativa é exigida a publicação das demonstrações consolidadas do grupo, adicionalmente às demonstrações isoladas de cada qual. O momento da publicação das demonstrações consolidadas deve coincidir com a publicação da demonstração da sociedade controladora. Vale ressaltar que na hipótese de qualquer das sociedades ser uma companhia aberta, as demonstrações do grupo deverão ser necessariamente auditadas por auditores independentes.

Ressalta-se que na exposição de motivos da Lei das Sociedades por Ações, o legislador afirmou não ser necessário prever mecanismo de proteção aos credores, na medida em que, alegou-se, o caso patológico já teria tratamento específico previsto na Lei Falimentar (hipóteses da Ação Pauliana e da Fraude Contra Credores). Além disso, as partes estariam livres para incluir na convenção uma regra contratual que viesse a prever a solidariedade entre as mesmas. O legislador entendeu que a solidariedade legal implicaria na transformação das sociedades integrantes de grupos de sociedade em departamentos de uma única sociedade.

Vale notar que a legislação trabalhista acolhe princípio diverso, estando estabelecido no art. 2º. da C.L.T. a existência de responsabilidade solidária entre as sociedades de um grupo relativamente aos empregados de cada qual.

O art. 185 do Código Tributário Nacional determina: “*presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução.*” Vale ressaltar, ainda, que a Lei 8.397, de 6.1.92, em seu artigo 4º., previu a responsabilidade da sociedade controladora pelos débitos fiscais de sua controlada. Ao abordar a medida cautelar fiscal, determinou que os bens do requerido ficassem indisponíveis, podendo a indisponibilidade ser estendida aos bens do acionista

controlador.

Nas hipóteses de fraude, sempre haveria a possibilidade de se invocar nas cortes e nos tribunais a desconsideração da personalidade jurídica, de modo a considerar o grupo como uma unidade econômica.

Responsabilidade dos Acionistas e Sociedade Controladores

O artigo 116 da Lei das Sociedades por Ações determina que o acionista controlador exerça o seu poder de controle de modo a realizar o objeto e cumprir a função social, tendo deveres e responsabilidade para com a empresa, demais acionistas, empregados e para a comunidade.

O artigo 117 relaciona, de forma não taxativa, modalidades de abuso de poder, dispondo:

“O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder.

§ 1º - São modalidades do exercício abusivo de poder:

a) orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional;

b) promover a liquidação de companhia próspera, ou a transformação, incorporação, fusão ou cisão da companhia, com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida, em prejuízo dos demais acionistas, dos que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;

c) promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízo a acionistas minoritários, aos que trabalham na empresa ou aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;

d) eleger administrador ou fiscal que sabe inapto, moral ou tecnicamente;

e) induzir, ou tentar induzir, administrador ou fiscal a praticar ato ilegal, ou, descumprindo seus deveres definidos nesta lei e no estatuto, promover, contra o interesse da companhia, sua ratificação pela assembléia geral;

f) contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem, ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento ou não equitativas;

g) aprovar ou fazer aprovar contas irregulares de administradores, por favorecimento pessoal, ou deixar de apurar denúncia que saiba ou devesse saber procedente, ou que justifique fundada suspeita de irregularidade;

h) subscrever ações, para os fins do disposto no art.170, com a realização em bens estranhos ao objeto social da companhia.

§ 2º - No caso da alínea “e” do § 1º, o administrador ou fiscal que praticar o ato ilegal responde solidariamente com o acionista controlador.

§ 3º - O acionista controlador que exerce cargo de administrador ou fiscal tem também os deveres e responsabilidades próprios do cargo.”

O artigo 246 da Lei das Sociedades por Ações reporta-se aos artigos 116 e 117, determinando que a sociedade controladora deve ressarcir eventuais prejuízos causados.

A ação para haver reparação pode ser ajuizada por acionista que represente 5% ou mais do capital social ou por qualquer acionista que apresente caução por conta dos honorários advocatícios, na hipótese de a ação vir a ser julgada improcedente. Caso condenados, além de reparar o dano, a sociedade ou acionista controladores arcarão com honorários advocatícios no valor de 20% do valor da causa, além de prêmio de 5% ao autor da ação.

O legislador deixou, contudo, de prever quem teria legitimidade para propor a medida judicial visando a responsabilização do controlador, senão o próprio acionista minoritário na qualidade de substituto processual da companhia. A reparação através de perdas e danos não costuma ser adequada e suficiente, na medida em que pressupõe a existência e comprovação do dano material. No caso de interesse da coletividade, tal prova se faria bastante dificultada.

É importante ressaltar que apesar do artigo 246 estar inserido no capítulo da Lei das Sociedades por Ações, o qual aborda os grupos de fato, o mesmo também se aplica aos grupos de direito. Tal ressalva é justificada na medida em que, caso o artigo legal em questão não fosse aplicável aos grupos de direito, em havendo a necessária previsão na convenção do grupo, a sociedade controladora poderia legitimamente induzir a controlada a agir em prejuízo próprio.

Salienta-se, ainda, que a figura do “*angemessen Ausgleich*” do direito alemão não encontra equiparação no direito brasileiro. Em outras palavras, no caso de favorecimento

de sociedade do grupo em detrimento de outra, a legislação brasileira não estabelece uma “compensação adequada” que dispensaria a necessidade de responsabilização da sociedade ou acionista controladores pelos eventuais prejuízos causados à sociedade que mereceu o tratamento desfavorável.

Responsabilidade do Administrador

Adicionalmente aos deveres previstos nos artigos 153 a 157 da Lei das Sociedades por Ações - dever de diligência, de lealdade e dever de informar - os administradores da controlada ou da controladora devem assegurar que as operações entre as sociedades sejam incorridas em condições equitativas, de modo a não causar prejuízo a qualquer das sociedades envolvidas.

Como os agrupamentos entre sociedades podem vir a favorecer algumas em detrimento das demais, o artigo 245 da Lei das Sociedades por Ações - inserido no capítulo relativo aos grupos de fato, mas aplicável, também, aos grupos de direito - estabelece expressamente a obrigatoriedade de os administradores garantirem os direitos e interesses dos minoritários nas operações diárias das sociedades controladas.

Dessa forma, as operações entre controladas e controladoras devem obedecer a condições comutativas ou serem realizadas mediante compensação adequada, sendo que o descumprimento do artigo 245 enseja a responsabilização mediante perdas e danos.

Embora genéricas, as menções a “condições comutativas” e “compensação adequada” devem ser aferidas com base nas negociações diárias no mercado em geral, e evitando-se o privilégio, pois não seria justo que a lei estabelecesse um critério único para sociedades que operam em diferentes ramos de negócio. Assim, entende-se o mercado como o parâmetro mais adequado para a análise do que são as condições comutativas e compensação adequada para cada tipo de negócio.

O artigo 159 do mesmo diploma legal determina ser de competência da sociedade o ajuizamento da ação de responsabilidade civil contra o administrador. Na hipótese de a Assembléia Geral Extraordinária de Acionistas não deliberar promover a ação, a mesma poderá ser proposta por acionistas que representem ao menos 5% do capital social.

CONSÓRCIO

A figura do consórcio, grupo societário de direito e de coordenação, está prevista nos artigos 278 e 279 da Lei das Sociedades por Ações. Com efeito, dispõe o artigo 278:

"As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo.

§ 1º - O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.

§ 2º - A falência de uma consorciada não se estende às demais, subsistindo o consórcio com as outras contratantes; os créditos que porventura tiver a falida serão apurados e pagos na forma prevista no contrato de consórcio."

Do acima disposto podemos inferir tratar-se o consórcio de uma modalidade associativa desprovida de personalidade jurídica própria. Muito embora encontre previsão legal específica na Lei das Sociedades por Ações, o consórcio pode congrega empresas que adotem tipos societários diversos.

O consórcio é constituído mediante a celebração de contrato, que deve estabelecer os respectivos direitos e obrigações das partes celebrantes. O contrato deve obedecer à forma prevista no artigo 279 da Lei das Sociedades por Ações.

As sociedades participantes do consórcio obrigam-se nas condições estabelecidas no contrato que as vincula, não se presumindo a solidariedade entre as mesmas. Isso não significa, porém, que as partes, se assim o desejarem, não possam prever a solidariedade no contrato. Em princípio, contudo, cada uma das sociedades responderá por suas obrigações, que serão individuais e próprias de cada sociedade, e não obrigações comuns a todas as consorciadas. É, contudo, lícita a existência de previsão contratual específica em contrário.

Participação de Consórcio em Licitações Públicas

A participação em licitações promovidas pela Administração Federal e suas autarquias, de empresas associadas sob a forma de consórcio, está expressamente prevista no artigo 33, da Lei No. 8.666, de 21.6.1993, alterada pela Lei No. 8.883, de 8.6.1994, que dispõe:

"Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

I. - comprovação do compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados;

II. - indicação da empresa responsável pelo consórcio que deverá atender às condições de liderança, obrigatoriamente fixadas no edital;

III. - apresentação dos documentos exigidos nos artigos 28 a 32 desta Lei por parte de cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei;

IV. - impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licitação, através de mais de um consórcio ou isoladamente.

V. - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.

*§ 1º - No consórcio de empresas **brasileiras** e estrangeiras a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa **brasileira**, observado o disposto no inciso II deste artigo.*

§ 2º - O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo."

Essa participação, contudo, ficará condicionada à previsão expressa do Edital. Uma vez existente essa previsão, bastará a apresentação de um compromisso de constituição de consórcio, mediante instrumento público ou particular. Somente na hipótese de o consórcio ganhar a licitação, deverão as partes promover a sua constituição formal e registro, nos termos do compromisso.

A lei exige a indicação, pelo consórcio, de uma empresa líder. No caso de consórcio entre empresa brasileira e empresa estrangeira a empresa líder será, necessariamente, a empresa brasileira. Caberá à empresa líder a tarefa de representar o consórcio no relacionamento com a Administração, devendo, para tanto, atender às condições de representação previstas no Edital. Em geral, exige-se que a empresa líder detenha poderes para receber citação em nome das demais consorciadas. Além disso, se o Edital o determinar expressamente, ficará a empresa líder responsável perante a Administração, com relação a multas e indenizações devidas em razão de

descumprimento contratual, ou de ato ilícito, por parte de qualquer das consorciadas, porquanto normalmente os Editais estabelecem que as empresas devem ser solidariamente responsáveis.

Caberá, também, à empresa líder, o gerenciamento do consórcio, seja do ponto de vista técnico, cuidando para que o seu desempenho corresponda às expectativas da Administração, seja do ponto de vista contábil. Nesse caso, deverá a empresa líder manter livros contábeis em que serão registradas todas as operações financeiras realizadas pelo consórcio. Poderá, ainda, a empresa líder, se assim previsto no contrato, receber haveres em nome das demais consorciadas, dando quitação, para posterior repasse dos respectivos valores.

A capacitação das partes, para efeitos de habilitação do consórcio em licitação, se faz mediante a apresentação pelas empresas consorciadas, individualmente, da documentação prevista nos artigos 28 a 31 da Lei 8.666/93, relativa à capacidade jurídica, técnica e financeira e à regularidade fiscal.

Fica, ainda, de acordo com as normas da Lei No. 8.666/93, impedida a participação, na mesma licitação, de empresa consorciada, através de mais de um consórcio ou isoladamente.

Constituição do Consórcio: Contrato

Como acima mencionado, a constituição de um consórcio faz-se mediante contrato, o qual deverá conter os requisitos estabelecidos no artigo 279 da Lei das Sociedades por Ações, que reproduzimos a seguir:

"O consórcio será constituído mediante contrato aprovado pelo órgão da sociedade competente para autorizar a alienação de bens do ativo permanente, do qual deverá constar:

I. - a designação do consórcio, se houver;

II. - o empreendimento que constitua o objeto do consórcio;

III. - a duração, endereço e foro;

IV. - a definição das obrigações e responsabilidades de cada sociedade consorciada, e das prestações específicas;

V. - normas sobre recebimento de receitas e partilha de resultados;

VI. - normas sobre administração do consórcio, contabilização, representação das sociedades e taxas de administração, se houver;

VII. - forma de deliberação sobre assuntos de interesse comum, com o número de votos que cabe a cada consorciado;

VIII. - contribuição de cada consorciado para as despesas comuns, se houver.

Parágrafo Único - *O contrato de consórcio e as suas alterações serão arquivados no Registro do Comércio do lugar de sua sede, devendo a certidão do arquivamento ser publicada."*

A celebração, portanto, do contrato de consórcio, fica condicionada à sua aprovação pelo órgão da sociedade competente para autorizar a alienação de bens do ativo permanente. No caso de uma sociedade anônima, essa competência dependerá do que dispuser seu estatuto. Poderá tanto ser a Diretoria como o Conselho de Administração, se existente. Se o estatuto não dispuser nada a respeito, não havendo Conselho de Administração, a competência será da Assembléia Geral ou da própria Diretoria. Quanto às sociedades por quotas de responsabilidade limitada, deverá ser observado o que dispõe o contrato social.

A designação do consórcio, como se depreende do dispositivo acima, é uma condição facultativa ao contrato; ou seja, este poderá ou não ter um nome. Quanto ao objeto -- o empreendimento para o qual o consórcio é constituído --, deverá ser estabelecido de forma precisa e completa. O prazo de duração poderá estar vinculado à realização do objeto. Não há necessidade, contudo, de uma delimitação precisa do prazo, o que não impede que as partes o estabeleçam ou estimem de antemão. Nesse caso é, porém, conveniente que se estabeleçam regras a respeito da eventual prorrogação do contrato.

Considerando-se que o consórcio não tem personalidade jurídica, o seu endereço deve, via de regra, corresponder ao da empresa líder ou de qualquer das consorciadas. Quanto ao foro, é importante que seja estabelecido de forma a evitar eventuais conflitos de jurisdição, no caso de litígio entre partes situadas em localidades diversas.

A definição das obrigações e responsabilidades de cada uma das consorciadas constitui um dos aspectos mais relevantes do contrato de consórcio. A lei deixou tal matéria a critério quase que exclusivo das partes, ao estabelecer: (i) que as consorciadas

somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato; (ii) a exclusão da presunção de solidariedade entre as consorciadas; e (iii) que no caso de uma das sociedades consorciadas falir, os créditos que a sociedade falida tiver para com o consórcio, serão apurados e pagos na forma prevista no contrato.

As normas relativas às obrigações e responsabilidades das partes deverão incluir questões tais como a competência para a elaboração e a assinatura da proposta e - caso o objeto da licitação seja adjudicado ao consórcio - do respectivo contrato, além de normas sobre a sua execução. Poderão, ainda, as partes, deliberar a contratação de um seguro patrimonial para cobrir a responsabilidade que possa resultar da execução do objeto do contrato.

Quanto ao recebimento e partilha das receitas, a Instrução Normativa No. 14 de 10.02.1998, da Secretaria da Receita Federal estabelece a obrigatoriedade de inscrição no Cadastro Geral dos Contribuintes (C.G.C.), dos consórcios que pagarem rendimentos sujeitos a retenção na fonte, ou auferirem rendimentos em decorrência de suas atividades. Tais rendimentos estarão sujeitos ao mesmo regime tributário aplicável às pessoas jurídicas.

De acordo com o Ato Declaratório No. 21, de 8.11.1991, da Coordenação do Sistema Tributário, não estão os consórcios sujeitos à apresentação de declaração de rendimentos. Os seus rendimentos serão computados nos resultados das empresas consorciadas, proporcionalmente à participação de cada uma no empreendimento, sendo que o valor retido na fonte sobre os rendimentos devidos às consorciadas será compensado na declaração de rendimentos destas, no exercício financeiro competente.

É muito comum a nomeação de um administrador para se ocupar da administração do consórcio. Esse administrador, via de regra, é escolhido dentre as próprias consorciadas. Ficará o administrador encarregado de zelar pelos livros contábeis, pela contabilização de receitas, despesas e pagamentos que o consórcio deva efetuar e, até mesmo, por um fundo comum que as partes venham a constituir, mediante contribuições periódicas, para fazer frente às despesas comuns. Quanto à representação do consórcio, poderá ser exercida tanto por pessoa jurídica quanto por pessoa física.

É igualmente comum a estipulação, em contratos de consórcio, da realização de assembléias gerais para deliberação sobre matérias de interesse das consorciadas. Nesses

casos, deverá ser estabelecida a forma de convocação e o número de votos que caberá a cada parte. É possível que se estabeleça procedimento de tomada de deliberações por intermédio de consulta através de carta, telegrama, fac-símile ou qualquer outro meio.

Finalmente, a necessidade de registro do contrato de consórcio, e de suas alterações, no Registro do Comércio "do lugar de sua sede" deve-se à necessidade de publicidade de sua constituição, inclusive para efeitos tributários. Importante ressaltar que a lei emprega erroneamente a expressão "sede" quando procura se referir ao endereço do consórcio, uma vez que este é destituído de personalidade jurídica.

Além dos elementos estipulados em lei, é conveniente que o contrato de consórcio estabeleça condições adicionais, particularmente no que se refere ao ingresso e retirada das partes, exclusão por inadimplemento, cláusula penal, rescisão, liquidação, notificações e outras que as partes entenderem convenientes.

CONCLUSÃO

A formação de grupos societários de direito é uma técnica de concentração societária que desencadeia interesse novo, externo e superior ao de cada uma das sociedades individualmente consideradas. As sociedades agrupam-se, visando objetivos comuns.

A formação de grupos é mais conveniente e flexível que outras formas de concentração, tais como a incorporação, fusão, cisão, etc., pois acarreta efeitos fiscais e patrimoniais de menor monta. Os grupos justificam-se por serem formas altamente eficazes na obtenção da economia de escala, indispensável ao desenvolvimento tecnológico do mundo globalizado de nosso dias.

O consórcio, por ser uma modalidade associativa de natureza nitidamente contratual, permite grande flexibilidade no que toca às atribuições e responsabilidades das partes. Um procedimento de constituição extremamente simplificado tem possibilitado a adoção dessa modalidade associativa pelas sociedades que participam de procedimentos licitatórios com frequência cada vez maior, as quais passam a melhor atender às exigências do poder público.

mrc:tel:srs
\\16\118377\ctr\palestra
281298